

ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

Capacidad jurídica de las personas con discapacidad: ¿Derecho fundamental absoluto?

Legal capacity of people with disabilities: An absolute basic right?

JOSÉ REYNEL CRISTANCHO DÍAZ¹

Investigador Independiente, Colombia

RESUMEN En el derecho internacional de los derechos humanos, el reconocimiento y protección de los derechos de las personas con discapacidad ha surtido una interesante evolución, pasando de ser un tema marginal a uno de la agenda central en las Naciones Unidas, en especial luego de la entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Este instrumento internacional consagra la capacidad jurídica como un derecho fundamental de carácter absoluto, pues, de acuerdo a la interpretación de su contenido y alcance, este derecho no puede ser limitado de ninguna forma. En este orden, el presente artículo pone en evidencia lo equivocado de esta postura al demostrar la existencia de casos en los que la limitación de este derecho se constituye en una medida de protección necesaria para un grupo muy reducido de personas con discapacidad, sin que esto denote discriminación alguna.

PALABRAS CLAVE Persona con discapacidad, capacidad jurídica, derecho fundamental, interdicción, margen de apreciación.

ABSTRACT In international human rights law, the recognition and protection of the rights of persons with disabilities has presented an interesting evolution, from a marginal issue to a central agenda issue in the United Nations, especially after the entry in force of the Convention on the Rights of Persons with

1. Abogado, diplomado en Políticas Públicas para las víctimas y Construcción de Paz por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en conjunto con la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Tecnólogo en Criminalística y Ciencias Forenses. Mail: jcristanchod@gmail.com

Disabilities. This international instrument establishes legal capacity as a basic right of an absolute nature, since, according to the interpretation of its content and scope, this right cannot be limited in any way. In this context, the present article shows the wrongness of this position by demonstrating the existence of cases in which the limitation of this right constitutes a necessary protection measure for a very small group of people with disabilities, without this denoting any form of discrimination.

KEYWORDS Persons with disability, legal capacity, basic right, interdiction, margin of appreciation.

Introducción

La discriminación en contra de las personas con discapacidad ha tenido muchas manifestaciones a lo largo de la historia², tanto por parte del Estado como por parte de la sociedad en general³, pues durante un largo periodo se asumió la discapacidad como sinónimo de daño, imperfección e incluso de minusvalía, hecho que motivó sentimientos de compasión, lástima o indiferencia por parte de la comunidad y olvido por parte del Estado. Pero este olvido no provino exclusivamente de los países, sino que también se presentó en el derecho internacional, pues, a pesar de que las personas con discapacidad se constituyen como uno de los grupos de minorías más grande del mundo, las Naciones Unidas optaron por ignorarlas durante sus tres primeras décadas de existencia, lo que se observa al analizar los primeros tratados de derechos humanos originados en esta organización internacional, dado que ninguno de ellos incluye a las personas con discapacidad como un grupo vulnerable a las violaciones de derechos humanos⁴.

Ahora bien, dentro de las personas con discapacidad se observa que aquellas que tienen patologías que comprometen su salud mental⁵ se constituyen en un grupo especialmente vulnerable, pues los Estados han demostrado en muchas ocasiones su resistencia a realizar reformas a sus normas y políticas en materia de salud mental y los funcionarios judiciales no siempre implementan los cambios necesarios para mejorar los derechos y el bienestar de las personas con discapacidad mental⁶. Así,

2. GARCÍA (2015), p. 155.

3. HÉRNANDEZ y CRUZ (2006), pp. 13-14

4. DEGENER (2000), p. 187.

5. De acuerdo a la OMS (2004), al tratar el tema de la salud mental se deben tomar en consideración aspectos como el bienestar subjetivo, autonomía, competencia, dependencia integracional y reconocimiento de la habilidad de realizarse intelectual y emocionalmente; de ahí que, la salud mental se defina como un estado de bienestar a través del cual la persona reconoce sus habilidades, siendo capaz de hacer frente al estrés normal de la vida y contribuir a la comunidad. (p. 7)

6. GOSTIN y GABLE (2004), p. 20

dentro de estas normas destacan aquellas que consideran que por el solo hecho de tener una discapacidad mental la persona automáticamente es incapaz de comprender lo que ocurre a su alrededor y, como consecuencia, debe ser sometida a un proceso tendiente a limitar su derecho a tomar decisiones libremente, para que sea un tercero quien tome las decisiones en lugar de la persona con discapacidad. Esta práctica generalizada motivó a que en la discusión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad se incluyera una norma con la cual se compeliere a los Estados a derogar toda figura normativa que tuviera como propósito la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad mental.

Así las cosas, ¿efectivamente se puede considerar a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad como un derecho de carácter absoluto que no admite limitación bajo ninguna circunstancia o, por el contrario, es posible afirmar que este derecho, al igual que otros derechos fundamentales, es susceptible de restricciones de carácter excepcional que atiendan las especiales necesidades de las personas con discapacidad?

1. Las personas con discapacidad como grupo históricamente excluido

La discapacidad ha sido abordada desde diversas perspectivas a lo largo de la historia, tanto por parte de la sociedad como del mismo Estado. Así, la primera de ellas es la conocida como el modelo de prescindencia, según el cual la discapacidad tiene connotaciones religiosas, pues esta se ve como un castigo divino, esto, sumado a la situación particular de la persona, creó un imaginario colectivo consistente en que las personas con discapacidad no aportaban nada a la sociedad y, por lo tanto, se debía prescindir de ellas⁷, para lo cual se adoptaron dos submodelos; el primero de ellos se caracterizaba por recurrir a prácticas eugenésicas, lo cual se puede observar en la antigüedad, época en la cual había una práctica generalizada y, por lo tanto, aceptada del infanticidio por razones de discapacidad⁸; por su parte, el segundo submodelo, característico de la edad media, optaba por la marginación de las personas con discapacidad, por lo que la regla impuesta era la exclusión de este grupo poblacional, lo que ocasionó que quienes hacían parte de él se dedicaran a tareas como la mendicidad, la apelación a la caridad e incluso ser objeto de diversión con el propósito de subsistir⁹.

Otra de las perspectivas desde las que se abordó la discapacidad fue la del modelo médico o rehabilitador, caracterizado por una atención de carácter individual, centrada exclusivamente en la persona y la cual veía en la discapacidad una desviación, deficiencia o enfermedad que impide que el individuo alcance estándares de normalidad¹⁰. El objetivo que perseguía este modelo era el de rehabilitar a la persona sin que

7. GONZÁLEZ (2010), p. 14

8. DE VICENTE (2001), p. 11.

9. PALACIOS y BARIFFI (2007), p. 15.

10. RIOUX y CARBET (2003), p. 1.

fuera de mayor importancia el origen de la discapacidad; en adición, se adoptaron una serie de beneficios sociales encaminados a ayudar al individuo, pues se consideraba que este era incapaz de enfrentarse por sí solo a la sociedad¹¹; así, la adopción de este tipo de medidas generaba en la sociedad en general un sentimiento de preocupación y no uno de aceptación e igualdad, lo que contribuyó a reforzar la estigmatización de las personas con discapacidad¹², pues se llegó a considerarlas como improductivas, inútiles, dependientes, pasivas e incluso problemáticas¹³.

Estos enfoques propiciaron la exclusión de las personas con discapacidad, pues la reacción ante ellas, tanto por parte de las autoridades, como de la comunidad en general, se limitaba a la compasión o a la repugnancia¹⁴ y, si bien hubo una atenuación en la forma de percibir a este grupo poblacional, la discriminación de la cual históricamente han sido objeto se mantuvo, dado que, como lo expresa González:

Las sociedades han sido construidas teniendo en cuenta solo a las personas sin discapacidad, lo que ha producido que las personas con discapacidad sean segregadas de todas las actividades cotidianas. Incluso la invisibilidad se ha llegado a aceptar como algo natural. Las diferencias de la discapacidad han sido percibidas como causa para la exclusión.

Debido a esta relativa invisibilidad las personas con discapacidad han sido marginadas de las actividades cotidianas en la sociedad, incluso de las protecciones legales que las personas sin discapacidad dan por sentadas. La marginación ha provocado que las personas con discapacidad vean vulnerados sus derechos de muy distintas maneras¹⁵.

En este orden, es evidente la segregación a la que históricamente fueron sometidas las personas con discapacidad¹⁶, principalmente debido a la manera en que se abordaba su situación por parte de los Estados y la sociedad, hecho que demuestra la situación de vulnerabilidad en que se encuentran quienes hacen parte de este grupo poblacional y que motivó un importante movimiento en favor de la protección y garantía de sus derechos, el cual se ve reflejado en los instrumentos internacionales que abarcan esta temática, los cuales, como se analizará, surtieron una interesante evolución.

11. PALACIOS y BARIFFI (2007), p. 16.

12. JIMÉNEZ (2008a), p. 11.

13. JIMÉNEZ (2008b), p. 7.

14. QUINN y DEGENER (2002), p. 23.

15. GONZÁLEZ (2010), p. 30.

16. OMS (2011), p. 3.

1.1. Primeros instrumentos internacionales sobre derechos de personas con discapacidad

Lo primero que se destaca al analizar la normativa internacional relacionada con los derechos de las personas con discapacidad es que, inicialmente, la atención específica sobre el tema se dio con ocasión al gran número de personas que, como consecuencia de los enfrentamientos en la Segunda Guerra Mundial, adquirieron algún tipo de discapacidad. A raíz de esto, la Asamblea General, el Consejo Económico y Social, al igual que la Comisión Social (órgano subsidiario de este último) tuvieron como propósito promover el bienestar y la asistencia social de las personas con discapacidad, esto a través de la cooperación técnica, la rehabilitación y programas de formación profesional¹⁷, fue así como en 1950 se emitieron los informes titulados "*The social rehabilitation of the handicapped*" y "*The social rehabilitation of the blind*", emitidos difundidos y analizados durante la sexta sesión de la Comisión Social.

No obstante, lo anterior, el abordaje de esta temática por parte de Naciones Unidas era limitado, dado que el mismo no trascendía más allá de la ayuda asistencial y rehabilitadora a través de la asistencia técnica a los Estados parte, los cuales calificaban de caridad o beneficencia las políticas públicas dirigidas a este grupo poblacional, motivo por el cual las personas con discapacidad no jugaban un rol activo en el diseño e implementación de las políticas de las que eran beneficiarios en razón a su situación particular¹⁸.

En 1969, se proclamó la "Declaración sobre el progreso y el desarrollo social", constituyéndose en el primer instrumento internacional en el que se hacía mención expresa de las personas con discapacidad; desafortunadamente, se refería a este grupo poblacional en términos peyorativos, lo que puede observarse en sus artículos 11 (c) y 19 (d), en los que se hace uso de los términos "impedidos" y "desfavorecidos", hecho que deja en evidencia el concepto que se tenía sobre las personas con discapacidad en ese momento, el cual se mantuvo durante mucho tiempo.

Como se advierte, hasta ese momento no existía ningún instrumento que se centrara de manera exclusiva en la temática de la discapacidad, hecho que cambió en la década de los setenta cuando en el seno de las Naciones Unidas se adoptaron la "Declaración de los Derechos del Retrasado Mental" y la "Declaración de los Derechos de los Impedidos", declaraciones que mantenían un enfoque de prevención y rehabilitación, pero que, en la práctica, carecían de efectividad, pues las mismas no son jurídicamente vinculantes, dado que no tenían el propósito de establecer obligaciones, sino el dar a conocer las aspiraciones que se tenían en su momento.

17. ONU (2015), p. 18.

18. BIEL (2009), p. 39.

La siguiente acción por parte de las Naciones Unidas fue la de proclamar, a través de la Resolución 31/123 de 16 de diciembre de 1976, el año de 1981 como el año internacional de los impedidos, esto con el fin de facilitar la inclusión de las personas con discapacidad a través de la prestación de asistencia, atención, capacitación y orientación apropiada. Por su parte, en 1982 se adoptó el “Programa de Acción Mundial para los Impedidos”, consistente en una declaración de principios y directrices en favor de las personas con discapacidad, cuyo cumplimiento se inscribió en un marco temporal con la proclamación del periodo 1983-1992 como el “Decenio Mundial de las Naciones Unidas para los Impedidos”. Esto produjo una reafirmación de la importancia de los derechos de las personas con discapacidad y dio lugar a la adopción de las “Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos”, al igual que los “Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental”.

Uno de los resultados del Decenio Mundial fue el considerar la temática de los derechos de las personas con discapacidad como un problema de derechos humanos y para su solución era necesaria la participación de todos los órganos de vigilancia, lo cual se vio reflejado en los pronunciamientos que siguieron a la culminación del Decenio Mundial, como son: Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, la Observación General N° 5 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; las resoluciones 1998/31, 2000/51, 2002/61, 2003/49, 2004/52 y 2005/65 de la Comisión de Derechos Humanos¹⁹ y la adopción de las Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad. La importancia de este último radica en que, pese a su falta de fuerza jurídica vinculante, fue, durante mucho tiempo, el instrumento internacional por excelencia para el estudio de la regulación jurídica de la discapacidad, esto teniendo en cuenta que su contenido material propendía por la aplicación del modelo social de la discapacidad en la esfera del derecho internacional²⁰.

Hasta este punto, en el orden internacional se había surtido un proceso que significó un gran avance en materia de reconocimiento de los derechos humanos de las personas con discapacidad, aun cuando los instrumentos internacionales adoptados al respecto carecían de vinculatoriedad.

19. Esta Comisión hacía parte del Consejo Económico y Social, asistiendo además en funciones a la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Sin embargo, la misma cumplió sus funciones dentro del periodo comprendido entre el 12 de agosto de 1947 y el 27 de marzo de 2006, fecha de su última sesión, esto debido a la creación del Consejo de Derechos Humanos como organismo de la Naciones Unidas.

20. LINDQVIST (2002), párr. 29.

2. El modelo social de la discapacidad y su incidencia en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

La adopción del modelo social para abordar la temática de la discapacidad se constituye en un significativo avance en el reconocimiento, garantía y protección de los derechos de las personas con discapacidad, pues este tiene como propósito “potenciar el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal, propiciando la inclusión social, y sentándose sobre la base de determinados principios: vida independiente, no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno, diálogo civil, entre otros”²¹. Además, se da un cambio drástico en la manera en que se analizaba la discapacidad, pues en lugar de explicar la misma partiendo de la “deficiencia” de la persona se pasa a hacerlo desde las “deficiencias” de la sociedad misma, dado que son estas las que se constituyen en barreras discapacitantes²². Esto se ve reflejado en una definición más dinámica e integral de la discapacidad, dado que bajo este modelo se la analiza “como un complejo proceso de salud, económico, sociocultural y también político, un fenómeno diverso en el que la discapacidad se conforma en la interacción entre las capacidades funcionales de la persona y su entorno físico y social”²³.

Así, el enfoque del modelo social radica en la dignidad de la persona, siendo la discapacidad de la misma algo de carácter secundario, esto con el propósito de construir sociedades realmente inclusivas que reconozcan y valoren las diferencias de sus integrantes²⁴, pues esto contribuiría a que el imaginario general se caracterizara por entender que “las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas, pero siempre desde la valoración y el respeto de su condición de personas, en ciertos aspectos, diferentes”²⁵.

En este sentido, este modelo configuró un cambio de paradigma frente a la manera en que se abordaba la discapacidad, cambio que contribuyó a que en el orden internacional se viera la necesidad de contar con un tratado de derechos humanos que enfocara su atención en las personas con discapacidad, lo que se vio reflejado en la discusión y posterior adopción de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad²⁶, la cual no busca sustituir los demás tratados existentes, sino que

21. PALACIOS y BARIFFI (2007), p. 19.

22. PALACIOS (2015), p. 14.

23. STANG (2011), p. 7.

24. GONZÁLEZ (2010), p. 16.

25. PALACIOS y BARIFFI (2007), p. 19.

26. La Convención entró en vigor el 3 de mayo de 2008 al haber sido ratificada por 25 Estados.

complementa el sistema internacional de derechos humanos al regular situaciones concretas de discriminación y desigualdad a las que se ven enfrentadas a diario personas con discapacidad en todo el mundo²⁷.

Aunque la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad contiene una gran cantidad de disposiciones en que desarrolla el contenido y alcance de los derechos de las personas con discapacidad, siendo uno de los más importantes el de igual reconocimiento como persona ante la ley, contenido en el artículo 12, no en vano el CDPD decidió dedicar su primera observación general sobre la Convención a explicar el contenido y alcance real de esta disposición. Este artículo establece una serie de directrices frente al ejercicio del derecho a la capacidad jurídica por parte de las personas con discapacidad y cómo el Estado debe adoptar determinadas medidas en procura de hacer efectivo este derecho, prohibiendo cualquier modelo o disposición normativa que tenga como consecuencia la limitación de la capacidad jurídica de las personas que hacen parte de este grupo poblacional, lo que, en principio, significa que, de acuerdo a esta Convención, este derecho es absoluto.

3. La capacidad jurídica como derecho fundamental y su importancia para las personas con discapacidad

La capacidad jurídica hace referencia a la posibilidad con que cuenta la persona de adoptar decisiones de manera libre, sin estar sujeta a limitantes, sin imposición alguna y “ejerciendo la voluntad de realizar o no realizar un acto”²⁸; igualmente, se ha establecido una relación directa entre esta y el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al considerarlo un parámetro para determinar si una persona puede ejercer los derechos de los que es titular²⁹, lo que implica que la capacidad jurídica se constituye como un atributo de la personalidad y, por lo tanto, debe ser considerada como un derecho fundamental en los ordenamientos jurídicos internos³⁰, así como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³¹. En lo que atañe a las personas con discapacidad, este derecho tiene una importancia trascendental, pues la capacidad de ejercer sus derechos y de tomar decisiones propias contribuye al desarrollo de capacidades humanas que le permiten a la persona emprender las acciones y funciones necesarias para tener una vida completa, en igualdad de condiciones con las demás personas³².

27. SULLIVAN (2012), p. 19.

28. COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL (2008), p. 96.

29. O'DONNELL (2004), p. 584.

30. VALLEJO et al. (2017), p. 4.

31. CORTE IDH (2005), párr. 177

32. DHANDA (2007), p. 436.

3.1. La interdicción de personas con discapacidad mental

La interdicción se constituye en una figura jurídica a través de la cual, mediante sentencia judicial, se somete a una persona mayor de edad a la guarda de un tercero, denominado tutor o curador, siendo este el encargado del cuidado de aquella, función que incluye la administración de sus bienes y su representación en todos los actos jurídicos que se requiera³³. Bajo esta perspectiva, puede considerarse a la interdicción como una medida de protección, pero lo cierto es que es una figura que se ha prestado para que se vulneren los derechos de las personas con discapacidad sometidas al régimen de representación o curatela que de aquella se desprende, dado que este modelo:

... suele ser aplicado con demasiada amplitud; que en la mayoría de los casos el alcance de la restricción fijada en la sentencia es indeterminado; que el procedimiento judicial es extenso, oneroso y no ofrece en todos los casos garantía a una tutela judicial efectiva (habida cuenta de que no siempre se dispone de intérpretes o instrumentos probatorios en formatos accesibles); que predomina la ausencia de mecanismos de control de curatelas ya impuestas, entre otras cuestiones³⁴.

Además de los defectos que caracterizan el proceso judicial a través del cual se limita la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, la figura de la interdicción en sí misma es fuertemente criticada³⁵ debido al impacto que tiene sobre la persona al negarle la oportunidad de cumplir con ciertas actividades de la vida, pues esto ocasiona que el individuo afectado por este tipo de medida sea considerado como incompetente, que sus decisiones y preferencias personales no sean tenidas en cuenta, que asuman que varios eventos de su vida se encuentran fuera de su control, lo que, en su conjunto, tiene efectos realmente negativos en la forma en que la persona se ve a sí misma, así como en el comportamiento de dependencia que puede adoptar en un futuro³⁶. Es bajo estas consideraciones que la Convención sobre los Derechos de

33. PÉREZ (2014), p. 235.

34. ROSALES (2015), p. 1.

35. Al respecto, CELS Argentina et al (2014) realizan un análisis de la manera en que se regula la interdicción de personas con discapacidad, indicando que la misma responde al modelo rehabilitador y no al social, motivo por el cual la medida se torna en discriminatoria al desconocer la incidencia que tienen las barreras que el Estado y la sociedad le imponen a las personas con discapacidad para el pleno ejercicio de sus derechos.

36. DHANDA (2007), p. 436.

las Personas con Discapacidad consagró en su artículo 12.2 el derecho a la capacidad jurídica como un componente vital para este grupo poblacional, especificando que su garantía se debe brindar en igualdad de condiciones con las demás personas y en todos los aspectos de la vida.

Al respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sostuvo que:

Toda ley que prevea que la existencia de una discapacidad es motivo directo o indirecto para declarar la incapacidad jurídica entra en conflicto con el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad consagrado en el párrafo 2 del artículo 12. Además de derogar las normas que violan el deber de los Estados de respetar el derecho humano a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, es igualmente importante que se adopten medidas que protejan y hagan efectivo ese derecho, de conformidad con los párrafos 3, 4 y 5 del artículo 12³⁷.

En adición, respecto al alcance de esta prerrogativa, se ha indicado que la garantía de la capacidad jurídica se extiende incluso a los casos en que la persona no pueda ser comprendida por terceros, pues en ellos al Estado le asiste la obligación de realizar un razonamiento fundado en el interés superior, propendiendo por averiguar lo que la persona hubiera querido si fuera posible entenderle³⁸. Así las cosas, es posible afirmar que la prohibición de privar de la capacidad jurídica a las personas con discapacidad mental se mantiene sin importar las circunstancias particulares de la patología que padezca la persona y cómo esta afecta su proceso de toma de decisiones.

3.2. La Observación General No. 1 del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad

A raíz de la tarea de supervisión encomendada por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, el CDPD evidenció que existía un malentendido general de los Estados partes respecto del alcance concreto de las obligaciones derivadas del artículo 12 de la Convención, esto teniendo en cuenta que el modelo de discapacidad basado en derechos humanos impone “pasar del paradigma de la sustitución en la adopción de decisiones a uno basado en el apoyo para tomarlas”³⁹. Igualmente, hizo énfasis en que este cambio se constituía en una deuda con este grupo poblacional que históricamente había sido discriminado a través de la imposición de medidas que limitaban su capacidad jurídica por el solo hecho de contar con una discapacidad⁴⁰, lo cual impactaba de manera negativa en el ejercicio de otros derechos funda-

37. OACNUDH (2009), párr. 45.

38. QUINN (2010), p. 13.

39. CDPD (2014), párr. 3.

40. Ibidem, párr. 7.

mentales⁴¹; de ahí la necesidad de abolir todas aquellas prácticas que atenten contra los presupuestos del artículo 12 de la Convención⁴².

En este orden, el CDPD precisó que la capacidad jurídica se constituye en un derecho con el cual se “reconoce que la persona es un actor jurídico que puede realizar actos con efectos jurídicos”⁴³. Esto implica que no sean de recibo las equiparaciones efectuadas por los ordenamientos jurídicos entre capacidad jurídica y capacidad mental, dado que esto ha facilitado la limitación, e incluso la pérdida total, de la capacidad jurídica de personas que tienen una discapacidad mental, sustentando tal práctica en criterios como la condición de la persona (el diagnóstico de una enfermedad mental), los resultados de sus decisiones (cuando se considera que las decisiones que adopta la persona tiene consecuencias negativas) y el funcional (consistente en considerar que la aptitud que tiene el individuo para adoptar decisiones es deficiente)⁴⁴.

En este sentido, el CDPD recalcó la obligación que le asiste a los Estados parte de proporcionar el apoyo que las personas con discapacidad requieran para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos⁴⁵, el cual debe desarrollarse bajo la premisa de la diversidad de las personas con discapacidad, es decir, el apoyo debe variar en cuanto al tipo e intensidad en atención a las condiciones particulares de la persona que lo requiera⁴⁶. No obstante, lo anterior, esta obligación no se ve agotada con la sola existencia de las medidas tendientes a otorgar apoyo en la toma de decisiones, pues si se decide mantener vigentes, de manera paralela, normas que limitan la capacidad jurídica de las personas con discapacidad el Estado no estaría dando un cabal cumplimiento a lo estipulado por el artículo 12 de la Convención⁴⁷.

Así las cosas, de acuerdo a lo dispuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la interpretación que se ha realizado de su artículo 12, es claro que el derecho a la capacidad jurídica de una persona con discapacidad se erige como un derecho de carácter absoluto, pues no es permitido que se le limite bajo ninguna circunstancia. Esto demuestra una posición bastante garantista frente a un grupo poblacional que históricamente ha sido discriminado por la sociedad y por el mismo Estado; sin embargo, como se analiza a continuación, esta postura puede llegar a tornar ineficaz la garantía del derecho a la capacidad jurídica de algunas personas con discapacidad.

41. Ibidem, párr. 8.

42. Ibidem, párr. 9.

43. Ibidem, párr. 11.

44. Ibidem, párr. 13.

45. Ibidem, párr. 14.

46. Ibidem, párr. 16.

47. Ibidem, párr. 24.

4. ¿La capacidad jurídica de las personas con discapacidad es un derecho fundamental absoluto?

Los derechos fundamentales, al igual que los principios, ostentan una especial relevancia dentro de los ordenamientos jurídicos estatales, pero, en atención a las múltiples situaciones que se pueden presentar en una sociedad determinada, existen ocasiones en las que la garantía de alguno de estos derechos entra en colisión con otro de la misma categoría, eventos en los que se requiere hacer un ejercicio de ponderación en el cual se determine cuál de los derechos debe ser garantizado y cuál limitado con ocasión de dicha garantía⁴⁸. En este sentido, el afirmar que un derecho fundamental es absoluto y que, por lo tanto, no admite limitación alguna, implica asumir que no existen, ni existirán nunca circunstancias que tengan mayor peso que la garantía de ese derecho fundamental, lo que se constituye en una teoría difícil de defender⁴⁹ y de entender, máxime si se tiene en cuenta que en el estudio de los derechos fundamentales se ha afirmado que la postura según la cual “los derechos están sujetos a restricciones y pueden ser delimitados o limitados parece ser un conocimiento evidente y hasta trivial”⁵⁰. Bajo esta perspectiva, es claro que la capacidad jurídica, como derecho fundamental, también puede ser objeto de limitaciones, tal y como se pasa a explicar.

4.1. La interdicción en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

Aunque el máximo tribunal en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la Corte IDH, una vez revisada su jurisprudencia queda en evidencia que, hasta el momento, no se ha tratado ningún caso en el que se analice la interdicción de personas con discapacidad y si dicha figura jurídica vulnera o no los derechos humanos de este grupo poblacional, motivo por el cual, en procura de analizar esta temática desde la perspectiva de la garantía y protección de los derechos humanos se requiere acudir a otros tribunales internacionales que sí se hayan pronunciado sobre esta materia. En este sentido, se advierte que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) se caracteriza por contar con múltiples pronunciamientos en los que analiza la vulneración de derechos de personas con discapacidad a quienes les fue limitada su capacidad jurídica a través de procesos de interdicción, motivo por el cual se procede a efectuar una relación de las precisiones realizadas en algunos de estos casos.

En uno de sus primeros pronunciamientos sobre la materia⁵¹, el TEDH determinó que un hecho que, en principio, se considere vulneratorio de un derecho humano puede ser permitido siempre que se haya realizado conforme a la ley, persiga un obje-

48. ALEXY (2009), p. 6.

49. ÁLVAREZ (2014), p. 72.

50. ALEXY (1993), p. 267.

51. TEDH. (1999). Caso *Matter Vs. Eslovaquia*

tivo legítimo en virtud de lo consagrado en un tratado internacional de derechos humanos y que pueda considerarse como necesario en una sociedad democrática⁵². Así, el Tribunal concluyó que la interdicción, en ese caso en particular, no vulneraba los derechos de la persona con discapacidad dado que esta figura jurídica se encontraba consagrada en la legislación del Estado demandado, el objetivo que perseguía era la protección eficaz de los demás derechos de la persona y, respecto a la necesidad, se aplicó la teoría del margen de apreciación del Estado, pues este podía estar en contacto directo con la persona y determinar la real necesidad de la medida en el caso⁵³.

En caso posterior⁵⁴, el TEDH efectuó un importante análisis del procedimiento a través del cual se limitaba la capacidad jurídica a las personas con discapacidad en ese Estado, evidenciando hechos vulneratorios del derecho a un proceso equitativo, pues no se le notificó a la persona con discapacidad mental que se adelantaba en su contra un proceso de interdicción, por lo que no estuvo presente en la audiencia en que se decidió limitar su capacidad jurídica; además, se vulneraron los principios de inmediación de la prueba y de contradicción al fundamentar la decisión solamente en pruebas documentales, sin tener contacto alguno con el afectado con la medida. Igualmente, el TEDH realizó las siguientes precisiones: i) la privación legal de la capacidad jurídica asciende a una injerencia en la vida privada de la persona⁵⁵; ii) la existencia de un trastorno mental, aunque sea grave, no puede ser la única razón para justificar la limitación total de la capacidad jurídica de la persona⁵⁶; iii) el que una persona no cuente legalmente con capacidad jurídica no implica que la misma sea de facto incapaz de comprender su situación⁵⁷; iv) las autoridades deben encontrar un equilibrio justo entre los intereses de la persona y los derechos que se verían afectados con la limitación de su capacidad jurídica⁵⁸; v) las decisiones de las autoridades estatales están abiertas a crítica en sede internacional cuando el procedimiento en el que sustenta la decisión fue deficiente de acuerdo a las exigencias de un tratado internacional de derechos humanos suscrito por el Estado⁵⁹.

52. Ibidem, párr.66.

53. Ibidem, párr. 72.

54. TEDH. (2008). Caso *Shtukurov Vs. Russia*.

55. Ibidem, párr. 83.

56. Ibidem, párr. 94.

57. Ibidem, párr. 108.

58. Ibidem, párr. 87.

59. Ibidem, párr. 89.

Luego de esto, el TEDH analizó un caso⁶⁰ en el que se alegaba la vulneración de los derechos políticos de una persona con discapacidad mental al no haber podido participar como elector dentro de las elecciones legislativas debido a que se encontraba sujeto a una medida que limitaba su capacidad jurídica. En esta oportunidad, además de considerar vulnerados los derechos del ciudadano, el Tribunal Internacional determinó que: i) al aplicar una restricción a los derechos fundamentales de un grupo particularmente vulnerable, que ha sufrido una discriminación considerable en el pasado, como es el caso de las personas con discapacidad mental, el margen de apreciación del Estado se reduce y debe motivar debidamente las restricciones en cuestión⁶¹; ii) encasillar a una persona directamente dentro de determinado grupo puede tener como consecuencia el surgimiento de estereotipos legislativos que prohíban la evaluación individualizada de sus capacidades y necesidades⁶²; iii) la restricción de los derechos de las personas con discapacidad mental debe estar sujeta a un estricto escrutinio⁶³.

El siguiente pronunciamiento del TEDH sobre la materia fue en el de *Stanev Vs. Bulgaria*⁶⁴, siendo un caso emblemático, dado que se analizó la figura de la interdicción tomando como referencia normatividad europea e internacional aplicable a la materia, incluyendo lo establecido por el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, concluyendo que la limitación de la capacidad jurídica, sea esta total o parcial, no es una figura que por sí sola vulnere los derechos de las personas con discapacidad mental, dado que la misma puede ser necesaria en algunos casos; por el contrario, la vulneración se encuentra relacionada con la falta de garantías procesales en el marco de los procesos de interdicción. En este sentido, recalcó las premisas desarrolladas hasta el momento frente a las actuaciones judiciales tendientes a limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, agregando que:

En particular, el derecho a solicitar a un tribunal que revise una declaración de incapacidad es uno de los derechos más importantes para la persona en cuestión ya que un procedimiento de este tipo, una vez iniciado, será determinante para el ejercicio de todos los derechos y libertades afectados por la declaración de incapacidad, sobre todo en relación con las restricciones de las que puede ser objeto la libertad de la persona⁶⁵.

60. TEDH. (2010). Caso *Alajos Kiss Vs. Hungría*.

61. Ibidem, párr. 42.

62. Ídem.

63. Ibidem, párr. 44.

64. TEDH. (2012). Caso *Stanev Vs. Bulgaria*

65. Ibidem, párr. 241.

En fallo posterior⁶⁶, el TEDH se refirió a los exámenes médicos, reconociendo la importancia de los mismos en materia probatoria para la determinación de la procedencia o no de una medida de limitación de la capacidad jurídica de una persona con discapacidad mental⁶⁷; no obstante, lo anterior, aclaró que es el juez, y no el médico, quien debe evaluar circunstancias particulares de la persona⁶⁸. Esto implica que el juez está llamado a comprobar el estado real de la persona, para lo cual, de requerirse, puede solicitar una opinión de un profesional diferente a quien efectuó la valoración inicial de aquella; agregando que, si bien el juez no cuenta con los estudios necesarios para determinar si la misma sufre de una enfermedad mental, si puede verificar si la misma está en la capacidad de manifestar su voluntad⁶⁹.

En sus últimos pronunciamientos sobre la interdicción de personas con discapacidad, el TEDH aceptó que pueden presentarse casos en los que la persona con discapacidad no pueda expresar su opinión de manera coherente, lo que implica que la existencia de una grave discapacidad mental puede afectar seriamente la forma en que el individuo ejerce sus derechos, evento en el cual una restricción o modificación en la manera en que se ejerce el derecho a la capacidad jurídica es permitida, dado que se trata de una circunstancia excepcional⁷⁰. Por otro lado, determinó que la limitación de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad es admisible cuando cuenta con un equilibrio entre el respeto por la dignidad y la autodeterminación de la persona y la necesidad de protegerla y salvaguardar sus intereses; este equilibrio se puede ver reflejado en aquellos casos en que los procedimientos internos contemplen salvaguardias efectivas que prevengan el abuso, asegurando, en la medida de lo posible, que los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona se tengan en cuenta; además, es necesario que en el procedimiento de interdicción que se adelante la persona esté involucrada en cada una de sus etapas, teniendo la oportunidad de ser escuchado en persona para expresar sus deseos y opiniones; igualmente, se requiere que la limitación de la capacidad jurídica sea proporcional y adaptada a las circunstancias particulares de la persona y tiene que estar sujeta a revisión por parte de tribunales nacionales competentes, independientes e imparciales⁷¹.

Como se advierte, el TEDH ha dejado claro que la interdicción se erige como una medida de protección de la persona con discapacidad, pero que solamente es admisible, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, si la misma es apli-

66. TEDH. (2014). Caso *Ivinović Vs. Croacia*

67. Ibidem, párr. 40.

68. Ídem

69. Ibidem, párr. 45.

70. TEDH. (2016). Caso *A.N. Vs. Lituania*, párr. 90.

71. TEDH. (2017). Caso *A.-M. V. Vs. Finlandia*, párr. 90.

cada de manera estrictamente excepcional y obedeciendo una serie de parámetros tendientes a brindar una protección real de la persona en situación de discapacidad; así, es claro que los Estados cuentan con un margen de apreciación para limitar la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, margen que, a pesar de ser estrecho al tratarse de una medida que afecta a un grupo vulnerable, demuestra que este derecho fundamental no es absoluto.

4.2. La expresión de la voluntad de la persona con discapacidad

Tal como lo señala el CDPD, la voluntad de la persona con discapacidad siempre debe ser respetada en la adopción de las decisiones que inciden en su vida, lo que implica que el modelo de apoyo en la toma de decisiones propuesto por la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en procura de garantizar el derecho a la capacidad jurídica debe obedecer a la voluntad y preferencias de la persona y nunca se debe prestar para que se decida por ella⁷². Igualmente, se ha precisado que cualquier medida de apoyo en la toma de decisiones, sin importar la intensidad de la misma, debe estar basada “en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo”⁷³, esto teniendo en cuenta que, de acuerdo a las exigencias del artículo 12 de este instrumento internacional de derechos humanos, las personas con discapacidad deben contar con “oportunidades de formar y expresar su voluntad y preferencias, a fin de ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás”⁷⁴.

A pesar de lo garantista de esta postura, la misma tiene un efecto similar a la interdicción, pues esta asume que por el solo hecho de tener una discapacidad mental es necesario limitar la capacidad jurídica de la persona, mientras que el modelo de apoyo en la toma de decisiones asume que todas las personas pueden expresar su voluntad sin importar el tipo o grado de discapacidad que tengan. Al respecto, es importante que se tenga en cuenta que “la medición de la discapacidad constituye una experiencia pluridimensional compleja”⁷⁵, tarea que se dificulta aún más respecto de la discapacidad mental en atención a sus múltiples manifestaciones⁷⁶ y a su gravedad⁷⁷, esto implica que establecer, como regla general, que todas las personas con discapacidad mental pueden manifestar su voluntad desconoce las particulari-

72. CDPD (2014), párr. 15.

73. Ibidem, párr. 25.b.

74. Ibidem, párr. 40.

75. OMS (2011), p. 23.

76. CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (2010), pp. 17-18.

77. NOVELL et al (2003), p. 40.

dades que entrañan algunas afectaciones a la salud mental de las personas; tal es el caso de la discapacidad intelectual, caracterizada por un retraso en el desarrollo del funcionamiento intelectual, dificultades en el funcionamiento social adaptativo y por manifestarse en diferentes niveles de gravedad, uno de los cuales es el profundo, que representa del 1% al 2% de todos los casos⁷⁸. Dentro de este nivel, se destacan los casos de personas con discapacidades intelectuales y de desarrollo severas y profundas (SPIDD por sus siglas en inglés), quienes, desde una perspectiva clínica, tienen limitaciones en todas las áreas de su vida y, con ocasión a la naturaleza de sus necesidades, no es posible establecer de manera cierta y concreta un límite máximo para el grado de discapacidad o la extensión del apoyo que requieren, pues se trata de personas con una amplia gama y nivel de necesidades caracterizadas por su complejidad en atención a profundas discapacidades intelectuales, sensoriales y físicas⁷⁹.

En atención a esto, es evidente que, aunque pocas, existen personas con una discapacidad tan severa que requieren un apoyo en todas las esferas de su vida debido a la naturaleza y grado de la discapacidad que padecen. Algunas de estas personas, debido a la magnitud de su discapacidad, no se encuentran en la capacidad de manifestar su voluntad por ningún medio de comunicación⁸⁰ que sea comprensible por un tercero, así que frente a este grupo reducido no es posible aplicar el modelo de apoyo en la toma de decisiones, pues, como lo expresó el CDPD, las medidas “de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica (incluidas las formas de apoyo más intenso) deben estar basadas en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo”⁸¹.

En este orden, pretender aplicar el modelo de apoyo en la toma de decisiones a personas con discapacidad que no puedan expresar su voluntad a través de ningún medio de comunicación tiene como consecuencia que, en la práctica, sean terceros los que terminen adoptando las decisiones relacionadas con el ejercicio de los derechos de estas personas, es decir, en estos eventos el concepto de “modelo de apoyo en la toma de decisiones” se constituye en un eufemismo, pues se estaría frente a una interdicción de la persona con discapacidad. Es bajo estas consideraciones que se

78. KE y LIU (2017), p. 5.

79. COIFFAIT y LEEDHAM (2016), p. 1403.

80. Para delimitar los medios de comunicación se acude a lo descrito en el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, teniéndose por estos “los lenguajes, la visualización de textos, el Braille, la comunicación táctil, los macrotipos, los dispositivos multimedia de fácil acceso, así como el lenguaje escrito, los sistemas auditivos, el lenguaje sencillo, los medios de voz digitalizada y otros modos, medios y formatos aumentativos o alternativos de comunicación, incluida la tecnología de la información y las comunicaciones de fácil acceso”.

81. CDPD (2014), párr. 25.b.

plantea la necesidad de contar con una figura jurídica, debidamente reglamentada, con la cual se pueda garantizar que personas con un grado severo de discapacidad puedan ejercer su derecho a la capacidad jurídica a través de un tercero, dado que de nada sirve que se garantice de manera absoluta un derecho si existen personas que, debido a sus condiciones particulares, no pueden ejercerlo, pues en estos eventos ese derecho se torna ineficaz.

4.3. Limitación de la capacidad jurídica de personas con discapacidad como figura estrictamente excepcional

En primera instancia, es necesario aclarar que la limitación del derecho fundamental a la capacidad jurídica no implica una infracción al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dado que el máximo Tribunal del Sistema Interamericano de Derechos Humanos ha sostenido que una medida que limite o restrinja un derecho humano, como lo es la capacidad jurídica debido a su conexión con el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, carece de arbitrariedad, y por lo tanto es convencionalmente permitida, siempre que esté debidamente fundamentada⁸².

Ahora bien, como se explicó con antelación, existen personas que debido al tipo y magnitud de su discapacidad no pueden expresar su voluntad y, en consecuencia, requieren de una figura que vaya más allá que el apoyo en la toma de decisiones; de ahí que, al encontrarse en una situación particularmente vulnerable, se requiere que frente a estas personas prevalezca la adopción de la medida más favorable, motivo por el cual es necesario que se aplique el principio *pro homine*, frente al cual se ha explicado que:

Sin perjuicio de las reglas tradicionales de interpretación y aplicación de las fuentes de derecho tanto de orden interno como internacional enunciadas sucintamente, conviene subrayar que en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos importa tener en cuenta una regla que está orientada a privilegiar, preferir, seleccionar, favorecer, tutelar y, por lo tanto, a adoptar la aplicación de la norma que mejor proteja los derechos fundamentales del ser humano⁸³.

En este sentido, es evidente que plantear la limitación de un derecho fundamental con el propósito de garantizar otros supone un conflicto entre derechos de una misma categoría y, por lo tanto, sea procedente la aplicación del test de proporcionalidad⁸⁴, para esto se deben analizar la finalidad, la idoneidad, la necesidad y la proporcionali-

82. CORTE IDH (2013), párr. 224.

83. HENDERSON (2004), p. 87

84. Sentencia C-022 (1996).

dad en sentido estricto⁸⁵ de la medida con la que se limitaría, en este caso, la capacidad jurídica. En lo que respecta a la finalidad, se requiere que esta sea legítima⁸⁶, es decir, que la medida analizada propenda por la garantía de un derecho fundamental⁸⁷, en el presente caso la limitación de la capacidad jurídica del grupo poblacional señalado para que esta sea ejercida por un tercero busca hacer efectivos los demás derechos de los que es titular la persona con ese tipo y grado particular de discapacidad.

Frente a la idoneidad, es preciso que la medida se constituya en un medio a través del cual la finalidad perseguida se alcance en la mayor medida posible⁸⁸, hecho que se logra con una figura que limite la capacidad jurídica, pues, como se explicó, la opción alterna, el apoyo en la toma de decisiones, no es procedente ante la imposibilidad que tiene la persona de manifestar su voluntad. Sobre la necesidad, se ha explicado que se debe verificar la posibilidad de que sea implementada una medida menos gravosa, pero que también conduzca al propósito esperado⁸⁹, lo que no es procedente en esta oportunidad debido a las especiales características y necesidades de las personas con discapacidad a quienes estaría dirigida la limitación de su capacidad jurídica.

Con relación a la proporcionalidad en sentido estricto, es necesario demostrar, cualitativamente, que el beneficio obtenido con la implementación de la medida es mayor o igual a la restricción que se efectúa del derecho fundamental⁹⁰, esto requiere llevar a cabo una ponderación con el propósito de determinar: i) el grado de afectación de uno de los derechos analizados, estableciendo si la intensidad de la afectación es grave, intermedia o moderada; ii) la importancia que reviste la satisfacción del bien contrario, y iii) si la satisfacción de este justifica la restricción de aquel⁹¹. Con relación al grado de afectación, es claro que el hecho de que un tercero tome las decisiones por la persona con el tipo y grado de discapacidad referenciadas tiene como consecuencia una afectación grave al derecho a la capacidad jurídica; no obstante, lo anterior, al analizar, objetivamente, el segundo elemento se tiene que el bien contrario que se pretende satisfacer es el efectivo ejercicio de todos los demás derechos de los que es titular la persona a quien le sería aplicada la figura de la representación, motivo por el cual, en lo que se refiere al tercer elemento, se encuentra que una medida que limite la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en estos eventos se encuentra justificada.

85. Sentencia C-470 (2011).

86. Sentencia C-584 (1997).

87. Sentencia C-623 (2015).

88. CLÉRICO (2008), p. 131.

89. Sentencia C-470 (2011).

90. SÁNCHEZ (2008), p. 251.

91. CORTE IDH (2008), párr. 84.

En este orden de ideas, la limitación de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad puede verse desde la perspectiva del paternalismo jurídico, pues este se refiere a aquellas interferencias en la libertad de acción de una persona que encuentran su justificación en razones relacionadas con el bienestar, el bien, la felicidad, las necesidades, los intereses o los valores de la persona coaccionada⁹². Bajo esta óptica, la medida tendiente a limitar la capacidad jurídica que se propone no se aplicaría sobre la base de la discriminación de la persona en atención a su condición de discapacidad, sino que se adoptaría con el propósito de protegerla y que sea posible que, a través de un tercero, ejerza los demás derechos de los que es titular al verse imposibilitada de hacerlo personalmente por el hecho de no poder expresar su voluntad a través de ningún medio de comunicación comprensible por otra persona, lo que implica que la procedencia de la medida sería estrictamente excepcional, pues son muy pocas las personas que se encuentran en esa situación.

Sin embargo, no basta con que la medida sea de procedencia excepcional, sino que también se requiere que la misma esté debidamente regulada, especialmente en lo concerniente al procedimiento para su imposición, motivo por el cual se considera pertinente hacer uso de los parámetros que al respecto ha establecido el TEDH en su jurisprudencia en materia de interdicción. Así las cosas, el proceso debe adelantarse ante una autoridad judicial, en él se debe propender porque la persona con discapacidad haga parte de cada una de las etapas, esto teniendo en cuenta que el juez tiene que corroborar, de manera personal, que efectivamente la persona no puede manifestar su voluntad a través de ningún medio de comunicación comprensible por un tercero; además, la medida debe estar sujeta a revisión periódica por parte del juez, pero puede solicitarse su revocatoria en cualquier momento por parte de un tercero o de la misma persona sometida a la restricción en caso de que su condición mejore. Finalmente, con el propósito de evitar abusos en el ejercicio de la capacidad jurídica de la persona con discapacidad, el tercero que se nombre para su representación debe tener limitantes para el ejercicio de los derechos de la persona, en especial los relacionados con la administración de bienes, la libertad e integridad personal y los sexuales y reproductivos. Estas limitantes consistirían en la necesidad de contar con la aprobación del juez para adoptar una decisión que comprometa alguno de estos derechos y, con relación a otro tipo de decisiones, se considera conveniente que también se cuente con otras personas que supervisen la actuación de quien ha sido nombrado como representante de la persona con discapacidad, función que puede ser asignada a los familiares cercanos de esta última, quienes podrían informar al juez cualquier irregularidad en el ejercicio de las facultades otorgadas al tercero que representa a la persona con discapacidad.

92. DWORKIN (1971), p. 107.

Conclusiones

Es innegable la importancia y necesidad del cambio de paradigma frente al reconocimiento, garantía y protección de los derechos de las personas con discapacidad, pues se trata de un grupo especialmente vulnerable debido a la discriminación de la cual ha sido objeto históricamente a través de la imposición de barreras; sin embargo, no es admisible que, con el propósito de atacar figuras discriminatorias como la interdicción, se adopten modelos que asignen la categoría de absoluto a derechos que, en la práctica, no pueden ser ejercidos por todas las personas con discapacidad. En este sentido, el modelo de “apoyo en la toma de decisiones” propuesto por Naciones Unidas asume que todas las personas con discapacidad pueden expresar su voluntad al momento de adoptar cualquier decisión y, por lo tanto, la capacidad jurídica no puede ser limitada bajo ninguna circunstancia, pero esta postura desconoce la existencia de un pequeño grupo de personas cuya discapacidad es de tal grado que no pueden expresar su voluntad a través de ningún medio de comunicación, por lo que el modelo en comento es ineficaz para ellos.

Así las cosas, es evidente que Naciones Unidas debe reevaluar la postura que hasta el momento ha mantenido frente al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y admitir que, frente a casos excepcionales, la limitación de este derecho fundamental se torna en una medida de protección al propender por el ejercicio de los demás derechos de la persona con discapacidad que no puede hacerlo por sí misma. Igualmente, es necesario que la medida o modelo a través del cual se realice tal limitación sea debidamente reglamentada con el fin de evitar que su imposición sea arbitraria o que su ejercicio permita la vulneración de otros derechos fundamentales, para lo cual es posible acudir a las precisiones que el TEDH ha realizado sobre la materia y que se fundan en la especial protección que requieren las personas con discapacidad por parte de la sociedad, el Estado y la comunidad internacional.

Referencias bibliográficas

- ALEX, Robert (1993): *Teoría de los derechos fundamentales* (Traducción de GARCÍA, Ernesto), (Madrid, Centro de Estudios Constitucionales).
- ALEX, Robert (2009): “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad” (Traducción de SÁNCHEZ, Rubén). *En Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, No. 11, pp. 3-13.
- ÁLVAREZ, Íñigo (2014): “Universales, absolutos e inalienables: los derechos indestructibles”. *En Revista de Humanidades de Valparaíso*, año 2, N° 4, 2do semestre, pp. 63-80.

BIEL, Israel (2009): *Los Derechos de las Personas con Discapacidad en el Marco Jurídico Internacional Universal y Europeo* (Tesis doctoral). Universitat Jaume I, Castellón, España.

CELS Argentina; EQUAL Asociación para la promoción y protección de los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad; Centro de Investigación y Docencia en Derechos Humanos “Alicia Moreau”, Faculta de Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata; Fundamental Colombia; Programa de Acción por la Igualdad y la Inclusión Social; Fundamental Costa Rica; Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo; Documenta, análisis y acción para la justicia social; Id(h) eas, Litigio Estratégico en Derechos Humanos; Centro Estratégico de Impacto Social; Colectivo Chuhcan; Instituto de Democracia y Derechos Humanos Pontificia Universidad Católica; Instituto Interamericano sobre Discapacidad y Desarrollo Inclusivo; y Disability Rights International (2014): “*Informe sobre la situación de los derechos de las personas con discapacidad en América Latina: capacidad jurídica y acceso a la justicia*”. Disponible en: <<http://documenta.org.mx/layout/publicaciones/informes-justicia-discapacidad-psicosocial/informe-derechos-personas-discapacidad-america-latina-2014.pdf>>. [Fecha de consulta: 21 de marzo de 2019].

CLÉRICO, Laura (2008): “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”. En CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), pp. 125-174.

COIFFAIT, Fleur-Michelle y LEEDHAM, Alexandra (2016): “Psychological Well-Being of Children and Adults with Severe and Profound Intellectual and Developmental Disabilities”. En I.L., Rubin, J., Merrick, D.E., Greydanus y D.R., Patel. *Health Care for People with Intellectual and Developmental Disabilities across the Lifespan*. (Ginebra, Springer International Publishing Switzerland), pp. 1401-1419.

COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL (2008): *Informe especial sobre la situación de los derechos humanos de las personas con discapacidad en el Distrito Federal 2007-2008* (México D.F., Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal).

CONSEJO NACIONAL PARA PREVENIR LA DISCRIMINACIÓN (2010): *Estudio sobre discriminación y discapacidad mental e intelectual* (México D.F., Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación).

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad. Aprobada por la Organización de Estados Americanos y suscrita el 7 de junio de 1999.

- DHANDA, Amita (2007): "Legal capacity in the disability rights convention: Stranglehold of the past or lodestar for the future?". En *Syracuse J. Int'l L. & Com.*, Año34 N°429, pp. 429-462.
- DEGENER, Theresia (2000): "International Disability Law-A New Legal Subject on the Rise: The Interregional Experts' Meeting in Hong Kong, December 13-17, 1999". En *Berkeley Journal of International Law*, Año18, pp. 180-195.
- DE VICENTE, María (2001): "Precedentes históricos de la educación infantil: de la antigüedad hasta Roma". En *Anales de Pedagogía*, N° 19, pp. 9-17.
- DWORKIN, Gerald (1971): "Paternalism". En WASSERSTROM, Richard. *Morality and the Law*. (Belmont, Wadsworth Publishing Company), pp. 107-126.
- GARCÍA, Eduardo (2015): "La discriminación por discapacidad como tema emergente en el contexto de los movimientos sociales contemporáneos". En *Rev. Fac. Med.*, Año 63, N°. 1, pp. 155-160.
- GONZÁLEZ, Alonso (2010): *Capacidad jurídica de las personas con discapacidad* (México D.F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos).
- GOSTIN, Lawrence y GABLE, Lance (2004): "The human rights of persons with mental disabilities: a global perspective on the application of human rights principles to mental health". En *Maryland Law Review*, Año 63, pp. 20-121.
- HENDERSON, Humberto (2004): "Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine". En *Revista IIDH*, Año39, pp. 71-99.
- HÉRNANDEZ, Janeth y CRUZ, Israel (2006): *Exclusión social y discapacidad* (Bogotá D.C., Editorial Universidad del Rosario).
- JIMÉNEZ, Rodrigo (2008a): *Derechos de las personas con Discapacidad* (San José, Instituto Interamericano de Derechos Humanos).
- JIMÉNEZ, Rodrigo (2008b): *Derecho y discapacidad* (San José, Universidad Nacional de Costa Rica).
- KE, Xiaoyan y LIU Jing (2017): "Discapacidad Intelectual" (Traducción de IRARRÁZAVAL, M., MARTIN, A., PRIETO-TAGLE, F. y FUERTES, O.). En REY, Joseph. *Manual de Salud Mental Infantil y Adolescente de la IACAPAP*. (Ginebra, Asociación Internacional de Psiquiatría del Niño y el Adolescente y Profesiones Afines), pp. 1-28.
- LINDQVIST, Bengt. (2002). *Informe sobre las actividades de vigilancia de la aplicación de las Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad realizadas durante su tercer mandato, 2000-2002*. Rendido en el 40° periodo de sesiones de la Comisión de Desarrollo Social. (E/CN.5/2002/4).

Naciones Unidas. (1969). *Declaración sobre el progreso y el desarrollo social. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2542 (XXIV)*, de 11 de diciembre de 1969.

Naciones Unidas. (1971). *Declaración de los Derechos del Retrasado Mental. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 2856 (XXVI)*, de 20 de diciembre de 1971.

Naciones Unidas. (1975). *Declaración de los Derechos de los Impedidos. Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3447 (XXX)* de 9 de diciembre de 1975.

Naciones Unidas. (1989). *Directrices de Tallin para el Desarrollo de los Recursos Humanos en la Esfera de los Impedidos*. Adoptadas por la Asamblea General en su resolución 44/70 de 8 de diciembre de 1989.

Naciones Unidas. (1991). *Principios para la protección de los enfermos mentales y el mejoramiento de la atención de la salud mental*. Adoptados por la Asamblea General en su resolución 46/119 de 17 de diciembre de 1991.

Naciones Unidas. (1993). *Normas Uniformes sobre la Igualdad de Oportunidades para las Personas con Discapacidad*. Aprobadas por la Asamblea General en su resolución 48/96 de 20 de diciembre de 1993.

NOVELL, Ramón, RUEDA, Pere, SALVADOR, Luis y FORGAS, Eulalia (2003): *Salud mental y alteraciones de la conducta en las personas con discapacidad intelectual Guía práctica para técnicos y cuidadores* (Madrid, Confederación Española de Organizaciones en favor de las Personas con Discapacidad Intelectual - FEAPS).

OACNUDH (2009): *Informe anual del alto comisionado de las naciones unidas para los derechos humanos e informes de la oficina del alto comisionado y del secretario general*. Estudio temático preparado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos para mejorar el conocimiento y la comprensión de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad (U.N. Doc.A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009).

O'DONNELL, Daniel (2004): *Derecho internacional de los derechos humanos – Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano* (Bogotá D.C., Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos).

OMS (2004): *Informe mundial sobre la discapacidad* (Malta, Organización Mundial de la Salud).

OMS (2011): *Invertir en salud mental* (Ginebra, Organización Mundial de la Salud).

ONU (2015): *Global Status Report on Disability and Development Prototype 2015* (New York, United Nations).

- PALACIOS, Agustina (2015): “Una introducción al modelo social de discapacidad y su reflejo en la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad”. En *Pontificia Universidad Católica del Perú. Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*. (Lima, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú), pp. 9-33.
- PALACIOS, Agustina y BARIFFI, Francisco (2007): *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos. Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (Madrid, Grupo Editorial Cinca).
- PÉREZ, Hilda (2014): “Análisis crítico y constructivo de la declaración del estado de interdicción”. En DOMÍNGUEZ, Jorge y SÁNCHEZ, José. *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa*. (México, Colegio de Profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM), pp. 235-250.
- QUINN, Gerard y DEGENER, Theresia (2002): *Human Rights and Disability. The current use and future potential of United Nations human rights instruments in the context of disability* (New York, United Nations).
- QUINN, Gerard (2010), “Personhood & Legal Capacity: Perspectives on the Paradigm Shift of Article 12 CRPD” (Paper presented at Conference on Disability and Legal Capacity under the CRPD, Harvard Law School, Boston). Disponible en: <<http://www.inclusionireland.ie/sites/default/files/attach/basic-page/846/harvardlegal-capacitygqdraft2.doc>>. [Fecha de consulta: 18 de marzo de 2019].
- RIOUX, Marcia y CARBET Anne (2003): “Human Rights and Disability: The International Context”. En *Journal on Developmental Disabilities*, Año 10 N°2, pp. 1-13.
- ROSALES, Pablo (2015): *Diagnóstico regional sobre el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad* (Washington D.C., Organización de los Estados Americanos).
- SÁNCHEZ, Rubén (2008): “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana”. En CARBONELL, Miguel. *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*. (Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos), pp. 221-268.
- STANG, María (2011): *Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real* (Santiago de Chile, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía).
- SULLIVAN, Chris (2012): “A manera de introducción: hacia un instrumento internacional para proteger los derechos de las personas con discapacidad”. En LARA, Diana. *La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad* (fascículo 10). (México D.F., Comisión Nacional de los Derechos Humanos), pp. 13-20.

VALLEJO, Geovana, HERNÁNDEZ, Mónica y POSSO, Adriana (2017): “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad en Colombia y los nuevos retos normativos”. En *CES Derecho*, 8 (1), pp. 3-21.

Jurisprudencia citada

a) Tribunales nacionales

Sentencia C-022 (1996). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 23 de enero, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

Sentencia C-584 (1997). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 13 de noviembre, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

Sentencia C-470 (2011). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 13 de junio, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

Sentencia C-623 (2015). Corte Constitucional de Colombia. Sentencia del 30 de septiembre, M.P. Alberto Rojas Ríos.

b) Tribunales internacionales

CORTE IDH (2005), Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

CORTE IDH (2008), Caso Kimel Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de mayo de 2008. Serie C No. 177.

CORTE IDH (2013), Caso J. Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2013. Serie C No. 275.

TEDH. (1999). Caso Matter Vs. Eslovaquia, N° 31534/96, julio 5 de 1999.

TEDH. (2008). Caso Shtukaturon Vs. Russia, N° 44009/05, 27 de marzo de 2008.

TEDH. (2010). Caso Alajos Kiss Vs. Hungría, N° 38832/06, mayo 20 de 2010.

TEDH. (2012). Caso Stanev Vs. Bulgaria, N° 36760/06, 17 de enero de 2012.

TEDH. (2014). Caso Ivinović Vs. Croacia, N° 13006/13, 18 de septiembre de 2014.

TEDH. (2016). Caso A.N. Vs. Lituania, N° 17280/08, 31 de agosto de 2016.

TEDH. (2017). Caso A.-M. V. Vs. Finlandia, N° 53251/13, 23 de junio de 2017.